

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017 (640/2017)**

**La incompetencia de jurisdicción no presenta
interés casacional, debe plantearse como recurso
extraordinario por infracción procesal**

Comentario a cargo de:
LUIS VIDAL CALVO
Abogado. Socio de *CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017

RoJ: STS 4091/2017 - **ECLI:** ES:TS:2017:4091

ID CENDOJ: 28079119912017100033

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZA JIMENA

Asunto: La Sentencia aborda la incompetencia de jurisdicción que había sido alegada como fundamento de recurso de casación por interés casacional. Concluye el Tribunal que la incompetencia de jurisdicción, así como la cosa juzgada, la litispendencia, el litisconsorcio o la inadecuación del procedimiento son cuestiones procesales que, aunque requieren una ponderación y tratamiento de aspectos materiales, deben resolverse con carácter previo a la cuestión litigiosa que constituye el fondo del asunto. La impugnación de lo que la Audiencia Provincial haya realizado al respecto debe realizarse por el cauce del recurso extraordinario por infracción procesal, no del recurso de casación. Se podrá alegar la infracción de las normas de la Leu de Arbitraje y de las normas del Código Civil dedicadas a la interpretación de los contratos solo si constituyen un presupuesto necesario para enjuiciar la infracción de las normas sobre jurisdicción, en el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por el cauce del artículo 469.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. Las cuestiones de índole procesal deben plantearse en el recurso extraordinario por infracción procesal. 5.2 La posibilidad de alegar en el recurso extraordinario la infracción de normas de carácter sustantivo solo si son presupuesto necesario para enjuiciar la infracción de normas procesales (cláusula compromisoria determinante de la jurisdicción). 5.3 Conclusión.

1. Resumen de los hechos

Conforme se desprende de los hechos declarados probados en apelación, la actora, AGROFORESTAL LOMA ROMERA S.A. suscribió con la entidad financiera BBVA el 1 de abril de 2008 un contrato denominado (según el Tribunal) “confirmación de swap”, que le generó una liquidación negativa de 20.603,20 € que, a su vez, originó unos gastos relacionados con el cargo realizado en cuenta corriente por importe de 2.360,34 euros.

Interpuso la actora demanda el 11 de junio de 2012 solicitando la inexistencia del contrato o negocio jurídico causal o, subsidiariamente, la nulidad del contrato de “confirmación de swap” y la restitución por indebido del cargo de 20.603,30 euros realizado el 31 de marzo de 2010 contra la cuenta corriente de la demandante y, además, la indemnización por daños y perjuicios que cifraba la actora en 2.360,34 euros, que se corresponderían con los gastos generados por el cago de los 20.603,30 euros, más intereses legales en ambos casos.

2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Castuera (Badajoz) dictó sentencia el 10 de marzo de 2014 que estimaba parcialmente la demanda interpuesta y declaraba la nulidad del contrato de “swap” o permuta de tipos de interés de fecha 1 de abril de 2008, condenando a BBVA al pago de 20.603,30 € (que se correspondía con el cargo realizado en la cuenta de la actora) más intereses legales desde la fecha de la sentencia. No estimó, por tanto, la petición acumulada de indemnización de daños y perjuicios en relación con los gastos derivados del cargo realizado en cuenta corriente.

Pese a que la demandada (BBVA) había presentado declinatoria por falta de jurisdicción por contener el contrato de swap una cláusula de sumisión a arbitraje, se había desestimado la mencionada excepción mediante Auto de 1 de octubre de 2013 (que desestimaba el recurso de reposición planteado por BBVA contra el Auto de 7 de abril de 2013 en el que se rechazaba la declinatoria de jurisdicción) por entender que la cláusula en cuestión y, por tanto, el Convenio Arbitral, no estaba suscrito por la actora, al entender que la firma de la administradora y representante de la demandante no aparecía ni en la

cláusula que establecía el arbitraje ni en ningún otro folio del contrato sino en un folio aparte.

3. Solución dada en apelación

La entidad demandada interpuso recurso de apelación, reiterando la alegación de falta de jurisdicción por estar sometida la cuestión litigiosa a arbitraje y, con carácter subsidiario, alegando error en la valoración de la prueba. A su vez, la parte actora impugnó la sentencia de primera instancia en cuanto a la desestimación de la petición acumulada de indemnización de daños y perjuicios.

La Audiencia Provincial de Mérida (Sección Tercera) en Sentencia 7/2015 de 20 de enero estima el recurso de apelación presentado por BBVA, revoca la Sentencia recurrida y declara la incompetencia de la jurisdicción civil para el conocimiento de la cuestión planteada en la demanda por encontrarse la cuestión sometida a arbitraje, sin especial imposición de las costas causadas en ambas instancias a ninguna de las partes.

Consideró la Audiencia Provincial que, en contra de lo que había entendido la Juzgadora de Primera Instancia, la firma de la administradora de la actora sí estaba en la página 6 del contrato, resultando que los contratantes únicamente firmaron al final del contrato (página 6) que, por la extensión del mismo, resultaba ser una página separada, pero valora que todas las hojas del contrato estaban numeradas (del 1 al 6), en todas figuraba el CIF de la actora, las partes solo firmaron al final del contrato y en hoja distinta porque la firma no cabía en la hoja anterior y, además, la propia actora había reconocido en el acto del juicio que la firma que había en el contrato era su firma. Se funda también la Audiencia Provincial en que la propia sentencia de primera instancia estaba considerando que las firmas que obraban al final de las cláusulas contractuales lo eran de todo el contenido del contrato que dicha sentencia consideraba nulo, contrato en el que estaba inserta la sumisión a arbitraje.

Entiende además la Audiencia Provincial que dicha cláusula de sumisión a arbitraje sí era válida y citaba numerosas resoluciones dictadas en casos prácticamente idénticos, que confirmaban la validez de la referida cláusula aún cuando se estuviese postulando la nulidad del propio contrato.

Insistía la Audiencia Provincial en tomar en consideración el hecho de que la mercantil actora carecía de la condición de consumidor, puesto que la operación de swap se concertó como relacionada o vinculada con un contrato de préstamo hipotecario que se destinó a la adquisición de una finca rústica afecta a la actividad propia de la demandante, por lo que no cabía analizar la nulidad de la cláusula de arbitraje desde la perspectiva del derecho de los consumidores, ni siquiera desde el punto de vista de su posible carácter abusivo al estar incorporada a un contrato de adhesión.

Y en cuanto al ámbito de la cláusula de sumisión a arbitraje, entiende la Audiencia Provincial que se extendería a cualquier cuestión litigiosa derivada del contrato y, en consecuencia, incluiría el análisis de la posible nulidad por vicio del consentimiento o por un eventual error en el consentimiento derivado de la insuficiente información acerca del riesgo y consecuencias asumidos por el cliente de la entidad bancaria.

Por último y al estimar la declinatoria de jurisdicción, no se pronuncia sobre la impugnación de la sentencia planteada por la parte apelada en cuanto se refería a una pretensión indemnizatoria que derivaría de la inicial y principal acción de nulidad y, por tanto, también sometida a arbitraje.

4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

La actora (AGROFORESTAL LOMA ROMERA S.A.) interpuso recurso de casación al amparo de los artículos 477.2.3º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por interés casacional, al existir jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales por infracción de los artículos 1281, 1285, 1286 y 1288 del Código Civil, el artículo 9.1 de la Ley de Arbitraje y el artículo 6.2 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación.

Por su parte, BBVA en el escrito de oposición al recurso de casación reiteró la alegación de causas de inadmisión del recurso y, en concreto, dos causas: la primera, que la sentencia de la Audiencia Provincial no sería recurrible en casación por no ser una sentencia que decida la cuestión objeto del debate, sino que pone fin al proceso mediante la estimación de una cuestión incidental, resuelta en primera instancia mediante auto (e insiste BBVA que la Audiencia Provincial habría resuelto mediante auto y no sentencia si el Juzgado de Primera Instancia hubiera estimado la declinatoria); y, la segunda, que la cuestión relativa a la falta de jurisdicción por sumisión a arbitraje solo puede plantearse a través del recurso extraordinario por infracción procesal, a través del cauce del artículo 469.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no a través de recurso de casación.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Las cuestiones de índole procesal deben plantearse en el recurso extraordinario por infracción procesal

Resulta evidente que la alegación relacionada con la incompetencia por existencia de cláusula de sumisión a arbitraje es una cuestión de índole procesal que recaería en el ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal. La cuestión quizá debatida o que podría generar dudas sería si el hecho de

que se alegue la infracción de normas de carácter sustantivo en relación con la interpretación o validez de la cláusula de sumisión a arbitraje sería suficiente o no para subsumir la alegación de incompetencia dentro del ámbito del recurso de casación por interés casacional y no del recurso extraordinario por infracción procesal.

En concreto, en el caso resuelto por la sentencia objeto de este comentario, se alega por la recurrente la infracción de los artículos del Código Civil en relación con la interpretación de los contratos, de la Ley de Arbitraje en relación con la interpretación de la cláusula de sumisión a arbitraje, y la Ley de Condiciones Generales de Contratación. Pero todo ello en relación con la cláusula de sumisión a arbitraje.

Pues bien, el Tribunal Supremo reitera la cita de un auto anterior (auto de 10 de junio de 2015, recurso 1340/2014) en el que ya había resuelto en el sentido de que cuando el recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se citan como normas infringidas el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y alguno de los artículos del Código Civil o de la Ley de condiciones generales de la contratación relativos a la interpretación contractual, las cuestiones planteadas no van referidas a la infracción de norma sustantiva aplicable a la cuestión objeto del proceso. Insiste, por tanto, el Alto Tribunal que aunque se aleguen como infringidas normas sustantivas relativas a la interpretación contractual, lo que en realidad se está planteando es una cuestión de índole procesal ajena al recurso de casación y propia del recurso extraordinario por infracción procesal, como es la competencia o no de la jurisdicción por existir un pacto de sumisión a arbitraje.

El Alto Tribunal había realizado en otras ocasiones afirmaciones similares, si bien normalmente en auto (al resolver sobre la inadmisión de recursos). Por ejemplo, en auto de 5 de mayo de 2016 había afirmado que el recurso de casación queda circunscrito a la infracción de las normas sustantivas que regulan cuestiones objeto del proceso o que (auto de 17 de enero de 2006) el recurso de casación ha de referirse a materias jurídicas sustantivas, que son las propias del ámbito objetivo del recurso de casación y que dicho interés nunca podrá fundarse en jurisprudencia o normas de índole procesal.

No se limita el Tribunal Supremo a referirse al pacto de sumisión a arbitraje (incompetencia de jurisdicción) como exclusivo del recurso extraordinario por infracción procesal e inhábil para fundar un recurso de casación por interés casacional, sino que se refiere también a otras cuestiones procesales tales como la cosa juzgada, la litispendencia, el litisconsorcio o la inadecuación del procedimiento, cuestiones todas ellas que, en palabras del Tribunal, aunque requieren una ponderación y tratamiento de aspectos materiales, deben resolverse con carácter previo a la propia cuestión litigiosa que constituye el fondo del asunto y a la impugnación de la decisión que sobre tal cuestión haya adoptado la Audiencia Provincial.

Los términos en los que se pronuncia el Tribunal Supremo son taxativos. Se refiere a que la sentencia recurrida dictada por la Audiencia Provincial

(que estima la incompetencia de jurisdicción por existencia de una cláusula de sumisión a arbitraje) es una resolución eminentemente procesal, que no resuelve la cuestión objeto del proceso. Y por ello concluye que es in viable el recurso de casación interpuesto, pues el objeto del proceso al que alude el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de entenderse referido a pretensiones materiales deducidas por las partes, relativas al “*crédito civil o mercantil y a las situaciones personales o familiares*”, como expresa el preámbulo de la Ley de Enjuiciamiento Civil e insiste en que el recurso de casación está limitado a la revisión de infracciones de Derecho sustantivo.

Tras resolver en el sentido de que el interés casacional no puede venir referido a cuestiones procesales, entiende también el Tribunal Supremo que el interés casacional, en cualquiera de los casos que contempla el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de referirse a las normas sustantivas aplicables a la cuestión objeto del proceso, e igualmente sustantiva deberá ser la jurisprudencia del Tribunal Supremo o la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en que se fundamente el interés casacional alegado.

5.2. *La posibilidad de alegar en el recurso extraordinario la infracción de normas de carácter sustantivo solo si son presupuesto necesario para enjuiciar la infracción de normas procesales (cláusula compromisoria determinante de la jurisdicción)*

Tras haber resuelto de manera detallada en el sentido de reiterar que no pueden plantearse cuestiones procesales por la vía del recurso de casación por interés casacional, destaca el Alto Tribunal que tampoco el recurso extraordinario por infracción procesal puede utilizarse para plantear cuestiones de Derecho sustantivo, sino solo en casos muy limitados: solo si las cuestiones de Derecho sustantivo relativas a la infracción de las normas de la Ley de Arbitraje y de las normas que el Código Civil dedica a la interpretación de los contratos constituyen un presupuesto necesario para enjuiciar la infracción de las normas sobre jurisdicción, cuando ésta venga determinada por una cláusula compromisoria. En estos casos sí se podrán discutir estas cuestiones en el ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal planteado al amparo del artículo 469.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se refiere a la sentencia 409/2017 de 27 de junio.

El Ponente de dicha Sentencia es el mismo que el de la Sentencia objeto del comentario y se discute un tema similar (esta vez en relación con una cláusula contenida en un contrato de Banco Popular): la validez de un convenio arbitral contenido en un contrato de adhesión y la falta de prueba de que la demandante hubiese prestado su consentimiento viciado por error al haber aceptado la cláusula de sumisión a arbitraje contenido en el CMOF (Contrato Marco de Operaciones Financieras). Banco Popular interpuso recurso extraordinario por infracción procesal circunscrito a la desestimación de la declinatoria que planteó con base en el convenio arbitral contenido en las condiciones

generales del contrato marco de operaciones financieras y a la capacidad del juez para valorar e interpretar el contenido de la cláusula del convenio arbitral. En el recurso interpuesto se alegan, además, en relación con la falta de jurisdicción, artículos del Código Civil relativos a la interpretación. Y en ese caso concreto concluyó el Tribunal que el adherente no había aceptado de manera clara e inequívoca la cláusula arbitral.

La tesis mantenida en la sentencia objeto de comentario no es aislada. En otras ocasiones el Alto Tribunal se había pronunciado en similares términos, afirmando que el recurso extraordinario por infracción procesal está reservado a cuestiones que no presenten carácter sustantivo (Auto de 8 de marzo de 2005). Quizá lo novedoso en este caso pudiera ser las aclaraciones vertidas en el sentido de la posibilidad de alegar como infringidas normas sustantivas a través del recurso extraordinario por infracción procesal, en particular las referidas a la interpretación de los contratos o la interpretación de los convenios arbitrales.

5.3. *Conclusión*

La relevancia del pronunciamiento realizado en sentencia plenaria hace que haya sido clarificado, de manera inequívoca, que las cuestiones de índole procesal tales como la incompetencia de jurisdicción (en relación con el pacto de sumisión a arbitraje), la cosa juzgada, la litispendencia, el litisconsorcio o la inadecuación del procedimiento son cuestiones procesales que puede ser planteadas únicamente como fundamento del recurso extraordinario por infracción procesal pero no del recurso de casación. Y puntualiza que pudiera ser que en el recurso extraordinario por infracción procesal se tuvieran que discutir aspectos materiales, que deban resolverse con carácter previo a la propia cuestión litigiosa que constituye el fondo del asunto y a la impugnación de la decisión que sobre tal cuestión haya adoptado la Audiencia Provincial.

